



Planungshaftung bei Verträgen auf der Basis funktionaler oder teilfunktionaler Leistungsbeschreibung

1 Funktionale Leistungsbeschreibung

Der Auftraggeber kann **beliebige Wege** wählen, um die von ihm gewünschte Leistung zu beschreiben, besser formuliert vielleicht sogar, um diese Leistung zu identifizieren: Er kann die gewünschte Leistung detailgenau bis in die kleinste Schraube beschreiben und dann als Vergütung eine Pauschale vereinbaren (Typ: Detail-Pauschalvertrag); er kann genauso gut die genau beschriebene Leistung weiter in technische Produktionsschritte zerlegen, diese als Position ausweisen und nach Menge vergüten (Typ: Einheitspreisvertrag). Er kann seine Wünsche aber auch nur teilweise detailliert oder ganz undetailliert (global) benennen, also nur sein „Ziel“ definieren (Typ: Global-Pauschalvertrag). Beim letzten Vertragstyp sagt der Auftraggeber nur verbal, was er haben will, aber er setzt seine eigenen Wünsche nicht in Planungsschritte um; fügt er überhaupt keine Planung bei, so schreibt er total-funktional aus, mit „Leistungsprogramm“; diese Methode kennt auch der öffentliche Auftraggeber in der Vergabennorm des § 9 Nr. 10-12 VOB/A als „Ausschreibung mit Leistungsprogramm“. Die Ströme von Tinte, die schreibselige Kommentatoren darüber vergießen, stehen im umgekehrten Verhältnis zur praktischen Bedeutung: Diese Art der Ausschreibung, bei der dem Auftraggeber ja eigentlich egal ist, wie das aussieht, was er bauen und bezahlen soll, kommt seltenst vor; Ausnahmen sind derzeit aufgrund spezieller finanzieller Gegebenheiten der Auftraggeber eigentlich nur Fußballstadien. Übrigens ist der Ausdruck funktionale Ausschreibung auch nicht ganz richtig, denn der Auftraggeber beschreibt nicht nur Funktionen, sondern das, was er haben will; er könnte also z. B. auch Anforderungen an die äußere Gestaltung beschreiben, die gar nichts mit Funktionen zu tun haben. Der Ausdruck „funktionale Ausschreibung“ hat sich aber eingebürgert.

Der Auftraggeber kann auch nur teil-funktional ausschreiben, d. h., jedenfalls ein Stück eigener Planung beistellen und nur ansonsten „zielorientiert“ verbal die Leistung beschreiben. Es liegt auf der Hand, dass es beliebige gleitende Übergänge der Vertragsform gibt, unterschieden immer danach, wie viel an Planung der Auftraggeber selbst schon liefert – und komplementär damit, wie viel restliche Planung er neben der Ausführung vom Auftragnehmer verlangt.

Bei **prototypischem Schlüsselfertigbau** im Hochbau oder bei der betriebsbereiten Erstellung im Infrastrukturbereich (wiederum typischerweise auf der Basis eines GU-Vertrages) liefert der Auftraggeber beispielsweise die notwendigen Erkundigungen, z. B. geotechnische Gutachten, sowie eine Entwurfsplanung einschließlich der Baugenehmigung; der Schlüsselfertig-Auftragnehmer übernimmt die Ausführungsplanung und die Ausführung.¹ Um die wirtschaftliche Größenordnung zu verdeutlichen: Bei Unternehmen mit Schwerpunkt Hochbau entfielen in NRW im Jahr 2002 57,9 % der Jahresbauleistung auf Schlüsselfertigbau.²

Kennzeichen jeder Art von Verträgen **auf der Basis teil- oder total-funktionaler Leistungsbeschreibung** ist also in Abweichung von der durch die VOB geprägten konventionellen Aufgabenverteilung, dass der Auftraggeber nicht die vollständige Planung einschließlich der Ausführungsplanung

¹ Zu den vielen Erscheinungsformen *Kapellmann*, Schlüsselfertiges Bauen, 2. Auflage 2004, Rdn. 16-21.

² *Oepen/Paulsen*, in: *Kapellmann/Vygen*, Jahrbuch Baurecht 2004, Seite 397, 415.



selbst vorgibt (und auch nicht selbst die Ausführenden koordiniert), sondern die Planung in unterschiedlichstem Ausmaß auf den Ausführenden überträgt. Die für das Bauwerk notwendige Planung bleibt praktisch immer dieselbe, Vertragsformen unterscheiden sich danach, wer sie in welchem Umfang erbringt.

2 Das auf die Planung anzuwendende Recht

Vorweg:

Wenn der ausführende Unternehmer auch Planungsleistungen erbringt, haftet er vorrangig natürlich nach den speziellen vertraglichen Regelungen; das Schöne ist, dass viele Verträge mit funktionaler Leistungsbeschreibung aber gar nichts hinsichtlich der Planerhaftung regeln. Dann greift für die Planerhaftung die werkvertragliche Mängelhaftung der §§ 633 ff. BGB ein, die nicht vollständig identisch ist mit der Mängelhaftung für die Ausführungsleistungen; letztere kann sich – je nach Vertrag – z. B. nach VOB/B richten;³ die Unterschiede sind aber jedenfalls für unser generelles Thema unbedeutend.

3 Vertragliche Zuteilung der Planungspflicht

Wenn der Auftraggeber einen Planungsfehler insbesondere in Form fehlender Teilplanung feststellt, hat er oft schon das erste Problem: festzustellen, **wer überhaupt** nach dem Vertrag **die fehlende und deshalb mangelhafte Planung** schuldet. Oder anders ausgedrückt: War die Planungsleistung Bausoll des GU – oder hatte sie der Auftraggeber selbst zu liefern? Wäre sie Beistellpflicht des Auftraggebers gewesen, hätte dann der GU auf die fehlende Planung hinweisen müssen? War die fehlende Planung überhaupt notwendigerweise zu erbringen – oder hätte man auch auf die Planungsleistung oder Ausführung verzichten können?

Mit einem Wort: Das erste Problem, das Vertragsbeteiligte unbedingt bewältigen müssen, ist die sonnenklare **Definition dessen, was an Planungsleistungen** zu erbringen ist und **wer** es erbringt. Daran kranken Verträge, u. a. deshalb, weil die Beteiligten sich überhaupt nicht klar machen, was sie geregelt haben.

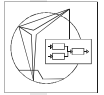
Ein schönes Beispiel ist die Ausschreibung eines Bundeslandes im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung eines Großprojekts: *„Alles, was eines statischen Nachweises sowohl als Berechnung wie in zeichnerischer Darstellung bedarf, ist auf der Basis der beigefügten Vorstatik ... aufzubauen und zu ergänzen und bis zu einer genehmigungs- und ausführungsfähigen Lösung zu bringen.“*

Im Kellergeschoss ist wegen Erddrucks eine Wand auszusteifen, vorgesehen sind in der Vorstatik drei Wandscheiben aus Beton. Im Rahmen der Ausführungsplanung stellt sich heraus, dass sieben Wandscheiben erforderlich sind. Wer trägt die Mehrkosten?

Das **erste** Problem ist schon, dass der Ausschreibungstext die Formulierung „Vorstatik“ verwendet. Zwar meinen alle Fachleute, sie wüssten, was eine Vorstatik ist, aber definiert ist der Begriff nirgendwo. Mit sehr viel Mühe kann man darunter die „Entwurfsplanung (System- und Integrationsplanung)“ gemäß § 64 Nr.1 Abs. 3 HOAI verstehen. Das ist die „Erarbeitung der Tragwerkslösung mit **überschlägiger** statischer Berechnung“. Wenn der Verfasser der Vorstatik drei Wandscheiben benennt – war das überschlägige statische Berechnung?

Tatsächlich ist die Entwurfsplanung bei der Tragwerksplanung nicht so zu verstehen wie bei der Objektplanung; im Rahmen der Phase 4 des § 64 Nr. 1 „Genehmigungsplanung“ wird vielmehr eine prüffähige statische Berechnung für das Tragwerk auf der Basis der Grundüberlegungen der Entwurfspla-

³ Nach meiner, allerdings ganz streitigen Auffassung kann man auch auf Planungsleistungen die VOB/B anwenden, jedenfalls deren Anwendung vereinbaren, Einzelheiten *Kapellmann*, Schlüssel-fertiges Bauen, 2. Auflage 2004, Rdn. 50-53.



nung „von Null an“ erbracht. Sicher ist: Die Vorstatik ist jedenfalls dann falsch, wenn sie das Thema Ausschreibungsnotwendigkeit nicht erkennt. Wenn sie aber schon drei Aussteifungen vorschlägt (also detailliert), obwohl sieben erforderlich sind, so ist sie nicht überschlägig, sondern falsch und jedenfalls damit auch falsche Basis für die Preiskalkulation des GU. Der GU hat deshalb einen Anspruch auf Nachtragsvergütung. Allgemeiner formuliert: Es ist oft ein Fehler der Vertragsgestaltung, dass nicht definiert ist, welchen **konkreten Vervollständigkeitsgrad** eine auftraggeberseitige Planung haben muss.

4 Fehlerhafte Auftraggeberplanung

Wir knüpfen an das vorige Beispiel an. Unterstellt man, im Vertrag wäre klar geregelt, wer was planen muss, dann gilt: Hat der **Auftragnehmer** die **Ausführungsplanung** zu erstellen und ist sie **mangelhaft**, merkt der Auftraggeber das auch vor Ausführung des Werkes; und entstehen wegen der notwendigen Umplanung dem Auftragnehmer Mehrkosten, so versteht es sich, dass diese zulasten des Auftragnehmers gehen, das war ein Fehler des Auftragnehmers.

Hat der **Auftraggeber** eine falsche **Entwurfsplanung** geliefert und fällt das bei Fertigung der Ausführungsplanung auf, entstehen dann jetzt Mehraufwendungen gegenüber einer Ausführungsplanung, die auf einer richtigen Entwurfsplanung basiert hätte, so sind auch beim Pauschalvertrag die „Mehraufwendungen“, die auf **falschen** Angaben des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung (dazu gehört auch die Vertragsinhalt gewordene Planung) oder sogar im Vertragstext selbst oder in Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen beruhen, durch den vereinbarten Preis nicht abgegolten.⁴

Wegen der Mehrkosten hat der Auftragnehmer Ansprüche gemäß § 2 Nr. 5, 6 oder 8 Abs. 2, 3 VOB/B. Das lässt sich auch nicht durch den Hinweis auf die Fachkunde des Bieters oder dessen Prüfpflicht im Angebotsstadium aushebeln. § 4 Nr. 3 VOB/B gilt ohnehin im Angebotsstadium nicht. Erst recht braucht der Bieter im Angebotsstadium keine eigenen Untersuchungen anzustellen. Es gelten also nur die allgemeinen Angebotsprüfpflichten.

Fehler der **auftraggeberseitigen** Planung wird ein Auftragnehmer in der kurzen Angebotsfrist in der Regel nur dann bemerken müssen, wenn sie **offenkundig**, also unübersehbar sind.⁵ Übersieht er sie in diesem Fall fahrlässig und gibt er deshalb keine Hinweise im Angebotsstadium, so muss er im Regelfall für die Mehrkosten dennoch nicht aufkommen, weil richtige Ausschreibung primär Sache des Auftraggebers ist.⁶ Eine Ausnahme gilt nur für den Bieter, der die Mangelhaftigkeit positiv erkannt hat, aber „frivol“ geschwiegen hat.⁷

Selbst dann ist der Auftraggeber aber wieder allein oder ganz überwiegend vergütungspflichtig, wenn er **vorhandene** Informationen verschweigt oder bewusst eine billigere, riskante Lösung wählt.⁸

Der Auftraggeber kann seine Verantwortlichkeit für eigene fehlerhafte Planung, Leistungsbeschreibung oder überhaupt fehlerhafte Angaben **nicht** in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** wirksam **aus-**

⁴ BGH „Kammerschleuse“, BauR 1997, 126; BGH BauR 1999, 37; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, § 2, Rdn. 272.

⁵ Zu den **Anforderungen an die Kontrollpflicht** Kapellmann/Schiffers, Band 2, 3. Auflage 2000, Rdn. 527.

⁶ Einzelheiten Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, § 2, Rdn. 127, 128. **Unrichtig** OLG Jena IBR 2003, 295, das bei auftraggeberseitiger widersprüchlicher Ausführungsplanung zu Statik und Baugenehmigung den Auftragnehmer, der die Vervollständigung der Planung übernommen hat, allein verantwortlich macht.

⁷ Näher a.a.O., Rdn. 126.

⁸ A.a.O., Rdn. 111.



schließen.⁹ **Individuell** kann der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer eine derartige Haftung für fremde Fehler vereinbaren; das muss aber unmissverständlich geschehen. Eine individuelle reine Komplettheitsklausel allein bewirkt das nicht.

Immer muss der Auftraggeber die „Sowiesokosten“ tragen.¹⁰

Entdeckt der Auftragnehmer den Fehler der Entwurfsplanung des Auftraggebers im Rahmen der Ausführungsplanung **nicht** und kommt es deshalb zu einem mangelhaften Werk, so gilt sinngemäß dasselbe: Gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B haftet der Auftragnehmer nicht für fehlerhafte auftraggeberseitige Planung, die sich auch im Vertragstext selbst, in Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen oder in der Leistungsbeschreibung manifestieren kann, es sei denn, er hätte deren Mangelhaftigkeit erkennen müssen, aber dennoch keine Bedenken angemeldet. Im Regelfall muss der Auftragnehmer nur offenkundige, unübersehbare Mängel erkennen. Erkennt er nicht offenkundige Mängel **fahrlässig nicht**, wird im Regelfall das Planverschulden des Auftraggebers weit überwiegen und kann zum völligen Ausschluss der Haftung des Auftragnehmers führen.¹¹

Schwieriger ist der Fall, dass die auftraggeberseitige Planung nur deshalb mangelhaft ist, weil sie eine notwendige Leistung nur unvollständig erfasst, diese Planung ist also nicht in einfachem Wortsinn falsch, aber ihr fehlt etwas. Aber auch das ist ein Mangel; nach heutiger Rechtslage ist sogar die (planerische) „Mindermenge“ schon Mangel (§ 633 Abs. 2 BGB). Mindestens analog dazu ist es deshalb Mangel der auftraggeberseitigen Planung, dass sie unvollständig ist. Für die Mehrkosten der Vervollständigung gilt das oben Gesagte, der Auftraggeber muss sie im Regelfall als zusätzliche Leistung gesondert vergüten.¹²

5 Probleme beim Construction Management

Richtig spannend wird es bei den derzeit in Schwang – oder besser: im Überschwang – befindlichen Vertragsformen auf der Ebene Partnering, insbesondere also bei Construction Management. Wie auch immer dessen Einzelausgestaltung ist, jedenfalls soll schon in einer frühzeitigen Planungsphase unternehmerisches Fertigungs-Know-How eingebracht werden.¹³ Der Auftraggeber hat also seinen **eigenen** Planer, normalerweise auch noch einen fachkundigen auftraggeberseitigen Controller oder Projektmanager; der Unternehmer wirkt bei der Planung mit, aber nur in Form der Kontrolle und konstruktiven Optimierung. Das Projekt wird bis zur Ausführungsreife entwickelt; erhält der in dieser 1. Stufe mitwirkende Unternehmer in der folgenden Stufe 2 „Ausführung“ den Zuschlag – was nicht selbstverständlich ist –, so haftet er für Mängel der Entwurfsplanung trotz seiner Mitwirkung außer bei Offenkundigkeit des Mangels nur in geringerem Maße oder gar nicht,¹⁴ wie oben besprochen. Wenn es der Unternehmer schafft, den Ausschluss der Haftung in einem von ihm gestellten Vertragsformular für diese Konstellation zu regeln, so entspricht das nur der ohnehin geltenden Rechtslage und ist folglich AGB-rechtlich zulässig.

Der Unternehmer haftet allerdings für die fehlerhafte Ausführungsplanung dann, wenn er in Phase 1 nicht nur kontrollierendes Fertigungs-Know-How eingebracht hat, sondern einen eigenen planerischen Sondervorschlag durchgesetzt hat.

⁹ BGH „ECE-Bedingungen“ Klausel Nr. 15 BauR 1997, 1036, 1037; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, Handbuch des privaten Baurechts, § 3, Rdn. 41; *Wolff/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, § 23, Rdn. 85.

¹⁰ Nachweise Fn. 3.

¹¹ Zuletzt OLG Celle, Revision vom BGH nicht angenommen, IBR 2004, 12.

¹² Siehe dazu *Kapellmann/Schiffers*, Band 2, Rdn. 528; *Roquette*, NZBau 2001, 57; *Kapellmann*, Schlüsselfertiges Bauen, Rdn. 116 mit Rdn. 110.

¹³ Zum Construction Management Vertragsmodell *Kapellmann*, NZBau 2001, 592, zu Grundsatzfragen *Eschenbruch*, NZBau 2001 585.

¹⁴ *Kapellmann*, NZBau 2001, 597, dazu auch BGH BauR 1997, 126.